

# TE OGH 1985/9/12 7Ob616/85

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 12.09.1985

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr.Flick als Vorsitzenden und durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Hon.Prof.Dr.Petrasch und die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr.Resch, Dr.Wurz und Dr.Egermann als Richter in der Rechtssache der klagenden Partei A AG, Wien 4.,

Schwindgasse 6, vertreten durch Dr.Erhard C.J.Weber, Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagte Partei B Gesellschaft m.b.H., Ried im Innkreis, Schärdinger Straße 63, vertreten durch Dr.Alexander Puttinger, Rechtsanwalt in Ried im Innkreis, wegen 509.205,40 S s.A., infolge Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Linz als Berufungsgerichtes vom 1. März 1985, GZ.5 R 259/84-72, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Kreisgerichtes Ried im Innkreis vom 20. Juni 1984, GZ.1 Cg 338/82-62, in der Hauptsache bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die Klägerin ist schuldig, der Beklagten die mit 18.299,40 S bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens (darin 2.400,-- S Barauslagen und 1.445,40 S Umsatzsteuer) binnen 14 Tagen zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Die Klägerin begeht von der Beklagten die Zahlung von 509.205,40 S s.A. für die bestellungsgemäß erfolgte Lieferung von insgesamt 98.075 Tonnen Walzdraht.

Die Vorinstanzen haben ausgesprochen, daß die eingeklagte Forderung mit 5.368,-- S und eine eingewendete Gegenforderung bis zu dieser Höhe (Fassung durch das Berufungsgericht) zu Recht bestehen und daher das Klagebegehren abgewiesen. Hiebei gingen sie von folgenden wesentlichen Feststellungen aus:

Die Klägerin befaßt sich mit der Herstellung von Torstahl und seit 1979 auch in geringerem Umfang mit der Herstellung von glatten Walzdrähten. Im Jahre 1980 bestellte die Beklagte bei der Klägerin 200 Tonnen Betonstahl, die sie nach Verzinkung als Erdleiter an die Österreichische Post- und Telegraphenverwaltung verkaufen wollte. Sie ließ diesen Draht in der einzigen freien Lohnverzinkerei Österreichs, der Firma Johann C KG,

Feuerverzinkerei in D, verzinken. Hiebei gab es Schwierigkeiten, weil am Ende der Drahtringe zahlreiche Brüche auftraten. Die Drähte waren außerdem stark verzundert. Der Leiter der Abteilung Qualitätsprüfung im Unternehmen der Klägerin, Ing.E, besuchte darauf die Firma F, um die Probleme an Ort und Stelle zu erheben. Er veranlaßte danach eine Verbesserung des Walzvorganges im eigenen Betrieb.

Im Frühjahr und Sommer 1980 schrieb die Österreichische Post- und Telegraphenverwaltung neuerlich den Kauf von

verzinktem Walzdraht (Erdleiter) der Dimension 8 mm aus, wobei sich an diesem Geschäft auch die Klägerin als Mitbieter beteiligte und den Zuschlag erhielt. Sie beauftragte hierauf die Firma F, den Draht in Ringen zu verzinken, wobei eine Ausbringung von 94 % des angelieferten Materials vereinbart war. Dieser 'weiche Draht' konnte von der Firma F ohne irgendwelche Schwierigkeiten (Brüche) verzinkt werden.

Im Frühjahr 1981 schrieb die Österreichische Post- und Telegraphenverwaltung neuerlich die Lieferung von verzinktem Walzdraht in der Stärke von 8 mm für Erdleiter aus. An dieser Ausschreibung beteiligten sich beide Streitteile, wobei diesmal die Beklagte den Zuschlag erhielt. Nach Zuschlagserteilung bestellte ihr Prokurst beim damaligen Prokursten der Klägerin 300 Tonnen Walzdraht, wobei er ausdrücklich einen solchen Walzdraht wünschte, wie er zuletzt von der Klägerin an die Firma F zum Verzinken übergeben worden war. Der Prokurst der Beklagten hatte nämlich gesprächsweise bei der Firma F erfahren, daß dieser zuletzt verarbeitete Draht der Klägerin anstandslos verzinkt werden konnte. Nach Einigung über den Preis nahm der Prokurst der Klägerin die Bestellung ohne weitere Bemerkung zur Kenntnis. Im Rahmen des Telefongesprächs zwischen den beiden Prokursten war es beiden klar, daß sich die gegenständliche Bestellung auf die zuletzt von der Österreichischen Post- und Telegraphenverwaltung ausgeschriebene Lieferung von Erdleitern bezog und der Draht bei der Firma F verzinkt werden sollte.

Anläßlich der Verarbeitung des nunmehr von der Klägerin an die Beklagte gelieferten Drahtes traten in der Verzinkerei der Firma F erhebliche Schwierigkeiten auf, weil es zu einem überdurchschnittlich hohen Anteil von Drahtbrüchen kam. Die Ausrüstung der Firma F entspricht dem Stand der Technik. Das Feuerverzinkungsverfahren ist die bei der Verzinkung von Walzdrähten übliche Methode. Die Arbeiter der Firma F stellten bei der Verzinkung des gegenständlichen Drahtes fest, daß dieser auffallend härter war als der im Jahr 1980 für die Klägerin verzinkte Draht. Das Auftreten von Schwierigkeiten führte sofort zu Reklamationen der Beklagten gegenüber der Klägerin. Als hierauf Ing.E den Draht bei der Firma F untersuchte und ihm dort vorgehalten wurde, daß dieser Draht etwas härter wäre als sonst üblich, bestritt Ing.E dies nicht und meinte, daß man beim vereinbarten Preis kein besseres Material erwarten könne. Allen Drahtherstellern und auch der Klägerin war damals bekannt, daß bei sogenannten 'harten Drähten' im Rahmen der Feuerverzinkung leicht Brüche auftreten können. Die Hauptursache für das Brechen des Walzdrahtes lag im vorliegenden Fall in der mangelnden Auswahl und Bestellung des Vormaterials, bei dem es sich um Mischware handelte, bei dem auch stark mit unerwünschten Eisenbegleitern versetztes Material verwendet wurde, welches bei den gegebenen Verzinkungstemperaturen in einem sehr hohen Maß zur Versprödung und damit zum Bruch des Drahtes führt. Hierzu kommt die Überwälzung (Zundereinwalzung) und die stellenweise auffallend unterschiedliche Dicke beim Walzzunder. Diese Mängel führen zu einer Art Kerbwirkung, durch die das an sich schon spröde Verhalten des Drahtes in diesem Bereich noch mehr begünstigt wird. Eine weitere Ursache ist die korrosive Wirkung des Zinkes und das Vorhandensein nichtmetallischer Einschlüsse (dies alles nur in einem verhältnismäßig geringen Grad).

Der gebrochene und bis dahin am Schrottlagerplatz der Firma F gelagerte Draht wurde im Jahr 1983 einem Schrotthändler überlassen.

Insgesamt wurden 1220 kg des gegenständlichen Drahtes von der Beklagten an die Österreichische Post- und Telegraphenverwaltung verkauft. Der Rest mußte in Form von Deckungskäufen beschafft werden, und zwar von der G H, wobei der Preis des Drahtes pro Tonne um 150,- S über dem Preis der Klägerin lag, wodurch an Mehrkosten 38.745,- S entstanden. Es mußte auch von der Firma F Walzdraht zugekauft werden, wobei die Preisdifferenz pro Tonne 100,- S betrug. Daraus errechnet sich eine Aufzahlung von 2.742,- S im Verhältnis zum ursprünglich mit der Klägerin vereinbarten Kaufpreis.

In ihrem Telex vom 2.6.1981 stellte sich die Klägerin auf den Standpunkt, das von ihr gelieferte Material wäre einwandfrei zum Verzinken geeignet. Hinsichtlich der Qualität des Drahtes erklärte man, zum vereinbarten Preis kein weicheres Material beschaffen zu können. In einem weiteren Telegramm schlug man vor, den noch nicht erfüllten Auftrag zu stornieren und hinsichtlich der noch fehlenden Menge den Materialwünschen der Beklagten Rechnung zu tragen, jedoch zu einem entsprechenden Aufpreis.

Im Antworttelex vom 17.6.1981 machte die Beklagte geltend, der gelieferte Draht habe nicht die vereinbarte Qualität aufgewiesen. Die Klägerin wurde aufgefordert, innerhalb von 14 Tagen den Walzdraht der bestellten Qualität nachzuliefern. Für den Fall der Nichtlieferung trete man vom Vertrag zurück. Die Klägerin könne dann das nicht verarbeitete Material bei der Firma F abholen, dies alles vorbehaltlich weiterer Schadenersatzansprüche. In einem Antworttelex wiederholte die Klägerin, der gelieferte Draht habe der Vereinbarung entsprochen.

Rechtlich vertraten die Vorinstanzen den Standpunkt, es handle sich im Hinblick auf die getroffene Vereinbarung um die Lieferung eines der Vereinbarung nicht entsprechenden Materials. Zwar liege ein behebbarer Mangel vor, doch treffe die Klägerin eine Gattungsschuld. Bei Gattungsschulden sei Verbesserbarkeit von Mängeln solange gegeben, als das fehlerhafte durch ein einwandfreies Stück ausgetauscht werden könne. Der Käufer könne korrekte Lieferung als Verbesserung begehren und bei Nichterfüllung dieses Anspruches, gegebenenfalls unter Nachfristsetzung, nach § 918 ABGB vom Vertrag zurücktreten. Tatsächlich habe die Beklagte den Mangel sofort gerügt. Mit Telex vom 17.6.1981 habe sie unter Setzung einer 14-tägigen Nachfrist die ordnungsgemäße Erfüllung des Vertrages verlangt. Diese Nachfrist sei ausreichend gewesen. Da sich die Klägerin geweigert habe, dem Verbesserungsbegehren nachzukommen, sei die Beklagte zum Rücktritt vom Vertrag berechtigt gewesen. Die Verbesserung wäre der Klägerin oblegen, weshalb diese nicht von der Beklagten entsprechende Maßnahmen verlangen hätte können. Ein Rücktritt vom Vertrag sei zwar ausgeschlossen, wenn die Rückgabe der gelieferten Ware schuldhaft vereitelt wurde. Gemäß § 921 letzter Satz ABGB seien nach einem Rücktritt die empfangenen Leistungen wechselseitig zurückzustellen. Sei die Rückstellung des Empfangenen nicht mehr möglich, so habe der Schuldner zumindest eine dem erlangten Nutzen angemessene Vergütung zu leisten.

Die Beklagte habe nicht gegen eine sich aus § 379 HGB ergebende Verpflichtung verstößen. Von den gelieferten 98 Tonnen Walzdraht habe sie nur 1,2 Tonnen verkauft und nur 2 oder 2,5 Tonnen als Bruchware verschrottet. Der Rest von ca. 95 Tonnen lagere nach wie vor bei der Firma F. Von einer schuldhafte Vereitung der Rückabwicklung könne daher überhaupt nur bezüglich eines unwesentlichen Teiles der gelieferten Menge gesprochen werden, dem jedoch nur Schrottgewicht zukomme. Im übrigen sei der Verkauf des Bruchmaterials lange nach dem wirksam erklärteten Rücktritt vom Vertrag erfolgt, weshalb dieses Vorgehen der Beklagten deren rechtmäßigen Rücktritt nicht rückgängig machen könne. Der am Vertragsrücktritt schuldlose Teil müsse so gestellt werden, als hätte der andere Teil ordnungsgemäß erfüllt. Demnach habe die Klägerin der Beklagten die Differenz zwischen dem vereinbarten Preis und dem für den Deckungskauf zu zahlenden Preis zu ersetzen. Hieraus ergebe sich, daß der klägerische Anspruch in der Höhe des nicht mehr vorhandenen oder bereits veräußerten Drahtes gegeben sei. Demgegenüber habe die Beklagte einen Anspruch auf die oben dargestellte Preisdifferenz. Da letzterer Anspruch mindestens die Höhe des klägerischen Anspruches erreiche, sei das Klagebegehren abzuweisen.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die von der Klägerin gegen die Entscheidung des Berufungsgerichtes wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung erhobene Revision ist nicht gerechtfertigt.

Der überwiegende Teil des klägerischen Rechtsmittels stellt den unzulässigen Versuch einer Bekämpfung der vorinstanzlichen Tatsachenfeststellungen dar. Die Vorinstanzen haben ausdrücklich festgestellt, daß die Beklagte gegenüber dem Prokuren der Klägerin Walzdraht in jener Qualität bestellte, der der Qualität des zuletzt von der Klägerin zum Verzinken gegebenen Drahtes entsprochen hätte. Beiden Beteiligten war klar, daß sich diese Bestellung auf die zuletzt von der Österreichischen Post- und Telegraphenverwaltung ausgeschriebene Lieferung von Erdleitern bezog und der Draht bei der Firma F verzinkt werden sollte. Damit ist aber eine Qualität des zu liefernden Drahtes, die jener entsprach, die der vorher von der Klägerin zur Firma F zur Verzinkung gegebene Draht aufwies, Gegenstand der Vereinbarung zwischen den Streitparteien geworden. Ferner wurde festgestellt, daß der von der Klägerin der Beklagten gelieferte Draht diese Qualitäten nicht hatte. Auch die Ursachen für die Bruchanfälligkeit des gelieferten Drahtes wurden von den Vorinstanzen einwandfrei festgestellt. Damit erweisen sich aber die gesamten Ausführungen der Punkte I. und 2. der Revision als unzulässige Bekämpfung der Tatsachenfeststellungen der Unterinstanzen.

Daß es sich bei dem Mangel des gelieferten Walzdrähtes um einen behebbaren gehandelt hat, wurde vom Berufungsgericht ausdrücklich hervorgehoben. Richtig hat das Berufungsgericht auch erkannt, daß bei Gattungsschulden Verbesserbarkeit jedenfalls gegeben ist, solange das fehlerhafte durch ein einwandfreies Stück ausgetauscht werden kann (Reischauer in Rummel, Rdz 10 zu § 932). Damit ist aber für die Klägerin nichts gewonnen. Die Beklagte hat nämlich den Mangel sofort nach der Lieferung gerügt sowie Verbesserung unter Setzung einer 14-tägigen Nachfrist gefordert und für den Fall der Nichtverbesserung ihren Rücktritt vom Vertrag angedroht. Innerhalb der gesetzten Frist hat die Klägerin nicht nur dem Verbesserungsbegehren nicht entsprochen, sondern eine solche mit der Begründung abgelehnt, es sei Sache der Beklagten, die notwendigen Schritte zu unternehmen. Daß dieser Rechtsstandpunkt der Klägerin unrichtig ist, hat das Berufungsgericht richtig dargestellt. Hauptursache für die Bruchanfälligkeit war die fehlerhafte Qualität des gelieferten Drahtes. Die ordnungsgemäße Lieferung ist aber nicht

Sache des Empfängers, sondern desjenigen, dem der Vertrag die Verpflichtung zur Lieferung auferlegt, im vorliegenden Fall also die Klägerin. Die Stellungnahme der Klägerin zu dem Verbesserungsbegehrten muß daher als eine nicht gerechtfertigte Ablehnung der Verbesserung angesehen werden. Bei Verweigerung der Verbesserung hat der Empfänger jedoch auch bei behebbaren Mängeln das Recht zum Vertragsrücktritt (Reischauer in Rummel, Rdz 12 zu § 932).

Welches Verschulden die Beklagte an der Nichtverbesserung nach den getroffenen Feststellungen treffen soll, ist unerfindlich. Demnach gehen die auf ein Verschulden der Beklagten aufgebauten Ausführungen der Revision ins Leere.

Die Tatsache, daß eine Verbesserung im Verhältnis zum Kaufpreis lediglich geringe Kosten erfordert hätte, befreit den Lieferanten nicht von der Verpflichtung zur Verbesserung. Er kann auch mit dem Hinweis auf die Geringfügigkeit des Verbesserungsaufwandes die Verpflichtung zur Verbesserung nicht auf den Empfänger der Ware abwälzen.

Nach den getroffenen Feststellungen hat die Beklagte nicht gegen eine Verwahrungsverpflichtung verstochen. Sie hat den überwiegenden Teil des gelieferten Materials zu der Firma F gebracht, wo er nach wie vor zur Verfügung der Klägerin steht. Eine nicht vom Empfänger verschuldete Beschädigung oder ein Untergang der gelieferten Sache berühren das Rücktrittsrecht des Empfängers nicht (Reischauer in Rummel, Rdz 4 zu § 932). Daß aber die Beklagte ein Verschulden an der Veräußerung eines kleinen Teiles des Drahtes traf, kann den getroffenen Feststellungen nicht entnommen werden. Im übrigen ist die Rechtmäßigkeit eines Rücktrittes vom Vertrag nach dem Zeitpunkt des erfolgten Rücktrittes zu beurteilen. Erweist sich auf Grund der festgestellten Umstände zum Zeitpunkt des Vertragsrücktrittes dieser Rücktritt als gerechtfertigt, so kann ein nachträgliches, vielleicht rechtswidriges Verhalten desjenigen, der bereits zurückgetreten ist, seinem Rücktritt nicht die Qualifikation als gerechtfertigt nehmen. Im vorliegenden Fall erfolgte die Veräußerung des Bruchmaterials aber erst lange nach dem Rücktritt vom Vertrag. Schon aus diesem Grunde spielt die Frage der allfälligen Verletzung der Verwahrungspflicht für die Beurteilung des Rücktrittes keine Rolle. Zur Zahlung des Preises für den von der Beklagten veräußerten Teil des Drahtes, der also nicht mehr zurückgestellt werden kann, wurde die Beklagte ohnedies verurteilt. Daß aber der Klägerin durch ein allfälliges rechtswidriges Verhalten der Beklagten ein darüber hinausgehender Schaden erwachsen wäre, wurde von dieser nicht behauptet.

Zu der Berechnung der Gegenforderung der Beklagten nimmt die Revision nicht Stellung, weshalb diesbezüglich auf die Ausführungen des Berufungsgerichtes verwiesen werden kann.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 41 und 50 ZPO.

#### **Anmerkung**

E06426

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1985:0070OB00616.85.0912.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19850912\_OGH0002\_0070OB00616\_8500000\_000

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>